

## Europeanisering van vermogensrecht

Een verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht d.d. 14 december 2010

63

*R. Lubbers en I. van der Zalm*<sup>1</sup>

### Inleiding

Op 14 december 2010 vond de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht plaats met als onderwerp: 'Europeanisering van vermogensrecht'. Het deel van het preadvies van prof. mr. A.L.M. Keirse (Universiteit Utrecht) gaat over de europeanisering van verbintenissenrecht en het deel van prof. mr. P.M. Veder (Universiteit Utrecht) over europeanisering van zekerheid op roerende zaken. Op deze plaats doen wij verslag van deze vergadering, die werd voorgezeten door voorzitter prof. mr. W.H. van Boom (Erasmus Universiteit Rotterdam). De preadviezen zijn reeds eerder op deze plaats besproken.<sup>2</sup> Hieronder volgt eerst een samenvatting van de toelichting op de preadviezen, zoals gegeven door de preadviseurs Keirse en Veder, waarna wij ingaan op hetgeen de interveniënten naar voren brachten.

### *Toelichting op de preadviezen*

#### *I. Europeanisering van verbintenissenrecht*

Keirse beantwoordt in haar preadvies een drietal voorgelegde vragen. Ten eerste of sprake is van europeanisering van het verbintenissenrecht, vervolgens de vraag hoe daarover dient te worden geoordeeld en ten slotte welke ontwikkelingen in de toekomst in dit verband te verwachten zullen zijn. De eerste vraag beantwoordt Keirse zonder meer bevestigend; er is sprake van toenemende europeanisering. In haar preadvies brengt Keirse in kaart hoe dit proces zich heeft voltrokken. Daartoe schetst ze in een eerste deel europeanisering van en door *regelgeving*. Ze vervolgt met een onderzoek naar de invloed van *rechtspraak* op het proces van europeanisering. Europeanisering door en van *rechtswetenschap* is onderwerp van het derde deel. Dit drieluik kent geen scherpe scheidslijnen; het gaat juist om het samenspel van wetgever, rechter en wetenschapper op zowel Europees als nationaal veld. Gezien de wisselwerking tussen deze actoren en de wederzijdse afhankelijkheid van het Europese en het nationale recht, is sprake van een dynamisch proces. In reactie op de opmerking van Smits in zijn bespreking van de preadviezen in het *NTBR* dat de titel van de preadviezen de lading niet goed dekt, stelt Keirse dat deze bewering nuancering behoeft. Onder de term europeanisering is namelijk – anders dan Smits voor ogen heeft – meer te verstaan dan alleen de invloed van het Europees recht op het nationaal recht. Het gaat om de gehele impact van 'Europa' op het recht. Het gaat om de interactie tussen het recht van de Europese Unie, het nationale recht en de rechtsvergelijking. Het nationale recht wordt inderdaad beïnvloed door het Europees recht; maar andersom geldt dat ook. Het Europees recht is voor zijn ontstaan, ontwikkeling en betekenis immers sterk afhankelijk van nationaal recht.

---

<sup>1</sup> De auteurs zijn verbonden aan de sectie Burgerlijk Recht, Erasmus Universiteit Rotterdam, als respectievelijk student-assistent en wetenschappelijk docent.

<sup>2</sup> J.M. Smits, 'Europeanisering van vermogensrecht: een bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2010/50, p. 428-431.

Dit maakt dat europeanisering van het verbintenissenrecht onvermijdelijk is en van alle kanten komt en dat is direct het antwoord op de tweede vraag. Voor de kwalificatie van het proces van europeanisering ontleent Keirse inspiratie aan de chaostheorie; voor daadwerkelijke vernieuwing is chaos onvermijdelijk. Het originele *bottom-up*-proces, waarin het debat met betrekking tot europeanisering werd beheerst door de rechtswetenschappers, wordt beïnvloed en opgezweept door het *top-down*-proces (europeanisering door en van regelgeving en rechtspraak). Dit laatste proces wordt nog ondergewaardeerd; het Europese recht is nog niet voldoende ingeburgerd, waardoor een grote kloof bestaat tussen europeanisering op papier en europeanisering in werkelijkheid. Volgens Keirse ligt op dit gebied voor de praktijk een gouden kans.

Ten slotte brengt een vooruitblik naar de toekomst mee dat deze gepaard zal gaan met nog meer europeanisering. In haar preadvies bespreekt Keirse wat ons te wachten staat. Op het terrein van het contractenrecht verwacht en bepleit Keirse de invoering van een optioneel stelsel. De gedachte is om aan het nationale recht van de 27 lidstaten een op zichzelf staand geheel van contractenrechtelijke regels toe te voegen, dat partijen kunnen kiezen als het recht dat hun contracten beheerst (het zogenaamde 28<sup>e</sup> stelsel van contractenrecht). De kracht van een dergelijk stelsel is dat de inzet van de wetgever, rechter en wetenschapper hier samenkomen; het wetenschappelijk ontwerp voor het gemeenschappelijk referentiekader dat er al een tijdje ligt en dat voortbouwt op academische projecten van vele jaren wordt politiek ingekleurd en verfijnd en kan eindelijk aan de praktijk worden getoetst. Op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht moet het samenspel tussen de verschillende actoren nog meer op gang komen. Keirse verwacht dat dit nog slechts een kwestie van tijd is. Om dat proces te versnellen bepleit zij dat inhoudelijke beleidslijnen worden uitgezet en dat wordt gebouwd aan een gemeenschappelijke rechtscultuur.

In zijn voorbespreking stelde Smits de vraag of europeanisering leidt tot orde of juist tot verdere fragmentering. Volgens Keirse sluit het een het ander niet uit. Elk rechtssysteem is aan een proces van verbroekeling onderhevig en wordt bij gebruik complexer. Het streven naar rechtseenheid en rechtszekerheid is een groot goed, maar Keirse hoopt dat dit nooit echt bereikt wordt, aangezien dat een statisch en eenvormig rechtssysteem impliceert, dat onze dynamische samenleving niet ten goede komt. Een andere vraag van Smits heeft betrekking op het juiste niveau van regulering: is dit nationaal of internationaal? Ook hier luidt het antwoord van Keirse dat het niet van beide één is; het dient te gaan om het samenspel op de beide velden, om de wisselwerking tussen de verschillende rechtssystemen. Nationaal recht moet internationaal worden erkend en internationaal recht moet nationaal (beter) worden gehandhaafd.

## *II. Europeanisering van zekerheid op roerende zaken – tussen zekerheid en bescheidenheid*

Veder heeft zich in zijn preadvies beperkt tot de problematiek van vuistloze zekerheidsrechten op roerende zaken in grensoverschrijdende gevallen. In de lidstaten van de Europese Unie wordt op verschillende manieren omgegaan met dergelijke zekerheidsrechten. Deze verschillen zijn volgens Veder op zich niet heel erg bezwaarlijk in grensoverschrijdende transacties omdat partijen zich daarover kunnen en zullen laten informeren, maar zij leiden wel tot hogere transactiekosten. Belangrijker is dat deze verscheidenheid aan recht in sommige gevallen kan leiden tot verval van rechten indien zaken waarop zekerheidsrechten rusten landsgrenzen overschrijden. In de literatuur wordt al langer gepleit voor ingrijpen door de Europese regelgever op dat vlak, maar de oogst van vele jaren debat is tamelijk bedroevend, aldus Veder. Na een bespreking van enkele (mislukte) initiatieven voor verdragen en richtlijnen op dit terrein gaat Veder in op de vraag op welke manier de Europese regelgever zou kunnen optreden om de problemen waarmee de praktijk zich geconfronteerd ziet, op te lossen. Volgens Veder dient daarbij het uitgangspunt te zijn dat, wil een Europees project op dit terrein enige kans van slagen hebben, de ingrepen in het nationale recht zo beperkt mogelijk moeten zijn. Van oplossingen

die uitgaan van een vergaande uniformering van het goederen- en insolventierecht van de lidstaten valt in de nabije toekomst niet veel te verwachten. Volgens Veder is het van belang dat de oplossing van de problemen waarmee de praktijk zich geconfronteerd ziet in de interne markt niet het slachtoffer wordt van te ambitieuze en onrealistische doelstellingen. In zijn preadvies draagt Veder een tweetal mogelijke oplossingen aan. De eerste oplossing, waarvoor het Stockholm programma met zoveel woorden ruimte biedt, is langs de weg van het IPR, door middel van het formuleren van uniforme regels inzake het toepasselijk recht op en de erkenning van goederenrechtelijke (zekerheids)rechten. Een belangrijk element van een dergelijke IPR-regeling zal moeten zijn dat in een bepaalde lidstaat gevestigde zekerheidsrechten worden erkend in andere lidstaten, ook als een vergelijkbaar zekerheidsrecht in het lokale recht ontbreekt. Verscheidenheid van recht mag immers niet leiden tot verval van rechten. Als tweede mogelijkheid bespreekt Veder de introductie van een Europees Zekerheidsrecht dat niet in de plaats van maar naast en dus in aanvulling op de reeds bestaande en per lidstaat sterk verschillende zekerheidsrechten zou moeten worden ingevoerd. Het UNIDROIT-verdrag van Kaapstad, Boek IX van de DCFR, de Model Law on Secured Transactions van de European Bank for Reconstruction and Development en de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions bieden belangrijke aanknopingspunten om een Europees Zekerheidsrecht nader gestalte te geven. Veder gaf aan dat een van de lastigste vragen waar je bij de introductie van een Europees Zekerheidsrecht tegen aan loopt, de inbedding ervan in de rechtsorde van de lidstaten betreft. In het bijzonder de verhouding tot lokale zekerheidsrechten die op een zaak kunnen zijn of worden gevestigd en de plaats die een Europees Zekerheidsrecht zal innemen in het executierecht en het faillissementsrecht van de lidstaten, vergen nadere studie. Veder gaf aan dat ook ten aanzien van de door hem besproken oplossingen nog veel werk nodig is, maar in de haalbaarheid ervan te geloven. Zeker indien, naast de wetenschap, ook de praktijk zich actief in het debat gaat mengen. Als belangrijke marktpartijen duidelijk kunnen maken dat ingrijpen noodzakelijk is en daarvoor oplossingen aandragen of ondersteunen, dan is een belangrijke stap gezet, aldus Veder.

### **Discussie: de interveniënten en de repliek van de preadviseurs**

#### *J.H.M. van Erp*

De eerste interveniënt, prof. mr. J.H.M. van Erp (Universiteit Maastricht), die zich met name richtte op het preadvies van Veder, stelde dat de groeiende osmose van nationaal en Europees recht een ontwikkeling is die niet alleen de deskundigen op Europees niveau, maar ook nationale juristen bezighoudt. Deze ontwikkeling komt erop neer dat het steeds moeilijker wordt om een onderscheid te maken tussen nationaal en Europees recht en aldus ook tussen Nederlandse en Europese juristen. De vraag is of juristen in de eerste plaats moeten worden beschouwd als Nederlandse of als Europese juristen; zijn wij eigenlijk niet in eerste instantie Europese juristen in Nederland? De preadviezen laten dit ook zien.

Veder is in zijn preadvies tamelijk somber; geen van de initiatieven op het gebied van het zekerhedenrecht is daadwerkelijk geslaagd. In het preadvies wordt door Veder een tweetal oplossingen aangedragen: uniforme regels van IPR en een uniform Europees Zekerheidsrecht. Bij de eerste oplossing biedt Veder de Nederlandse Wet conflictenrecht goederen (WCG) als model en voor de oplossing van een Europees Zekerheidsrecht knoopt hij aan bij het Amerikaanse recht, waarbij het recht van de deelstaten volledig is vervangen door een modelwet.

Het goederenrecht kan op twee totaal verschillende, maar elkaar niet uitsluitende manieren rechtsvergelijkend worden geanalyseerd, aldus Van Erp. In de eerste plaats op dogmatisch-

technische wijze, waarbij oplossingen worden gezocht binnen de dwingende kaders van het recht en uitgangspunten met betrekking tot beginselen en basisregels niet worden bediscussieerd. Daarentegen worden deze beginselen en basisregels wel betrokken bij de tweede manier; namelijk het grondslagenonderzoek. Nationaal gerichte juristen kiezen voornamelijk voor de eerste, dogmatische benadering. Europees georiënteerde juristen kiezen daarentegen eerder voor de laatst genoemde wijze.

Naast het goederenrecht is ook het Europees recht op een tweetal manieren te benaderen. In de eerste plaats als recht van buitenaf, dat het nationale recht fragmenteert en daarmee destabiliseert. Het kan echter ook worden gezien als algemeen kader dat het nationaal recht begrenst. Naar de indruk van Van Erp kiest Veder voornamelijk voor dogmatisch-technische oplossingen en benadert hij het Europees recht bovendien als een geschiedenis van mislukkingen. Daarentegen zou een benadering, meer gericht op grondslagenonderzoek, wellicht tot een minder sombere uitkomst hebben geleid. Bijvoorbeeld: de IPR problemen komen onder meer voort uit het numerus clausus beginsel en de lex rei sitae-regel. Er wordt door Veder wel gewezen op het standpunt (ingenomen door Louis d'Avout) dat het numerus clausus beginsel slechts interne werking heeft en partijen de vrijheid zouden moeten hebben tot het kiezen van de voor hen meest geschikte rechtsvorm. Erkenning is vereist, met als voorwaarde dat de betreffende rechtsvorm bij derden (door middel van registratie) kenbaar is. Veder trekt daar echter volgens Van Erp onvoldoende conclusies uit. Erkenning van partijautonomie is dan wel nog steeds een uitzondering, maar desalniettemin een groeiende uitzondering.

Volgens Van Erp wordt de betekenis van het Europese recht onderschat door Veder; het kader waarbinnen het nationale recht zich ontwikkelt, wordt niet meer autonoom door Nederland bepaald, maar door Europese verdragen. Deze invloed van het Europees recht geldt zowel voor het gewone nationale recht als voor de nationale IPR-bepalingen. Ook op dit gebied is niet slechts sprake van positieve integratie, door middel van Verordeningen, als wel van negatieve integratie door middel van toetsing van het Nederlandse recht aan het Europees recht. Dit heeft tot gevolg dat een leemte in het nationale recht wordt ingevuld door Europees recht. Naar de mening van Van Erp is het jammer dat Veder de negatieve integratie buiten beschouwing laat.

Feitelijk is het Europees recht een gemeenschappelijk referentiekader, waarbinnen het Nederlandse recht zich verder ontwikkelt. Het Draft Common Frame of Reference is een uitwerking van dit referentiekader op het gebied van het materiële privaatrecht en zal ook zonder formele status het nationale recht beïnvloeden. Dit brengt mee dat de betekenis van het numerus clausus beginsel nog verder kan worden ingeperkt; een zekerheidsrecht dat geldig tot stand is gekomen in een lidstaat, dient in de overige lidstaten te worden erkend. Numerus clausus kan dan worden opgevat als het geheel van zekerheidsrechten die in een van de lidstaten kunnen ontstaan.

Bovendien vindt tegenwoordig al enhanced cooperation plaats op het terrein van IPR. Dientengevolge is unanimititeit onder lidstaten niet langer vereist. Dit brengt mee dat, indien Nederland met betrekking tot Europees recht een te afwijzende houding heeft, we steeds meer buitenspel zullen komen te staan. De vraag die Van Erp stelde, was of het uniforme zekerheidsrecht zou moeten bestaan naast het nationale recht. In Amerika ging invoering van een uniform zekerheidsrecht gepaard met de afschaffing van de overige zekerheidsrechten. Tevens vroeg Van Erp zich af of de uniforme zekerheidsvorm zou moeten worden beperkt tot grensoverschrijdend verkeer of dat deze ook op nationaal gebied toepassing zou kunnen vinden.

In reactie op de interventie van Van Erp gaf Veder aan dat het Europees recht grote invloed uitoefent op het nationale privaatrecht en voor een belangrijk deel het kader vormt waarbinnen het nationale recht zich ontwikkelt. Hij miskent dat niet maar in zijn preadvies heeft hij er niet naar gestreefd de invloed van het Europese recht op de ontwikkeling van het Nederlandse goederenrecht in volle omvang te bespreken. Hij heeft zich beperkt tot een terrein waar de praktijk hinder ondervindt van de verschillen tussen de rechtstelsels van de lidstaten en gebaat is bij positief regelgevend optreden van de Europese Unie. Veder heeft in kaart gebracht waaruit dat optreden van de Europese Unie zou kunnen bestaan. De suggestie die Van Erp ter vergadering wekte dat Boek IX van de Draft Common Frame of Reference kan worden gezien als de optekening van een bestaand gemeenschappelijk Europees kader op het terrein van de zekerheidsrechten, wordt door Veder niet gedeeld. In Boek IX van de DCFR wordt veel meer een visie neergelegd van de manier waarop het zekerhedenrecht zich in Europa zou kunnen ontwikkelen, overigens zonder dat de gemaakte keuzes steeds duidelijk of overtuigend worden toegelicht. In dat verband wees Veder bijvoorbeeld op de centrale plaats die registratie van zekerheidsrechten inneemt in Boek IX DCFR. Je kunt niet zeggen dat zulks een algemeen aanvaard uitgangspunt is in Europa, aldus Veder.

Veder beaamde dat hij inderdaad een beetje somber is als wordt bekeken met welke problemen de praktijk zich geconfronteerd ziet en welke stappen er in de Europese Unie tot op heden zijn gezet om deze problemen te adresseren. Na het aanhoren van de toelichting van Van Erp zou de gedachte kunnen postvatten dat van verval van zekerheidsrechten binnen de interne markt geen sprake is. De praktijk binnen de lidstaten wijst echter anders uit en de door Veder beschreven Europese initiatieven hebben daarin geen verandering gebracht. Veder heeft in zijn preadvies gekozen voor een praktische insteek: hoe kan worden bewerkstelligd dat op de voor de lidstaten meest acceptabele wijze naar een oplossing voor de bestaande problemen wordt gezocht. Inzetten op vergaande harmonisering van de nationale stelsels van goederen- en executierecht zal ons niet erg ver brengen binnen afzienbare tijd. Het geheel vervangen van nationale zekerhedenstelsels door een Europees zekerhedenrecht is niet nodig. Het is volgens Veder realistischer om te streven naar een uniforme internationaal privaatrechtelijke benadering van zekerheidsrechten binnen de EU en aanvulling van de nationale zekerhedenstelsels met een Europees Zekerheidsrecht en langs die weg op termijn grotere convergentie te bereiken.

#### *R. Meijer*

De volgende interveniënt, mr. R. Meijer (advocaat bij Allen & Overy), ging voornamelijk in op het preadvies van Keirse en stelde dat dit preadvies een mooi overzicht geeft van de wijze waarop Europa ingrijpt in het Nederlandse verbintenissenrecht. Meijer stelde dat het woord europeanisering niet bij ieder gelijke reacties oproept. Er zijn personen, waaronder Meijer zelf, die enthousiast zijn over het onderwerp, maar Meijer gaf aan dat hij door sommige mensen meewarig werd aangekeken toen hij aankondigde naar een vergadering te gaan met als thema de europeanisering van het vermogensrecht. Naar zijn mening hoeft dit niet per definitie een negatief signaal te zijn, omdat het zou kunnen betekenen dat het inmiddels genoegzaam bekend is dat het Nederlandse recht deels is geëuropeaniseerd. Maar een andere verklaring van de scepsis ten aanzien van de europeanisering komt wellicht doordat het Europese recht bij veel (praktijk)juristen simpelweg niet het meest favoriete onderwerp is.

Keirse maakt in haar preadvies een onderscheid tussen europeanisering van en door regelgeving, rechtspraak en rechtswetenschap. Meijer wilde in zijn interventie de preadviseur tevens wijzen op de rol van de advocatuur met betrekking tot europeanisering. In de praktijk is het de nationale rechter die de toepassing van het Europese recht dient te bewaken.

Daarnaast is een taak voor de advocaten weggelegd, zij moeten de zaak goed bepleiten en tevens Europeesrechtelijke aspecten goed naar voren brengen. Indien zij dit nalaten, bestaan er slechts beperkte mogelijkheden om dit verzuim te repareren. Ambtshalve ingrijpen door de rechter is door het Hof van Justitie slechts in een beperkt aantal gevallen mogelijk gemaakt. In een Hongaarse zaak bepaalde het Hof dat de rechter bij de beoordeling of sprake is van een oneerlijk beding, verplicht is om de feitelijke gronden te onderzoeken en tevens maatregelen van instructie te geven. In de meerderheid van de gevallen is de europeanisering afhankelijk van hetgeen door advocaten wordt aangevoerd. Als de advocaat aldus geen rekening houdt met europeanisering, betekent dit dat de ontwikkeling daar stopt. De rol van de advocaat mag dus niet onderschat worden, aldus Meijer. Indien er een Europees systeem van optioneel contractenrecht tot stand zou komen, moet volgens Meijer worden geïnvesteerd in het op de markt zetten van dit systeem en tevens in de public relations. Dit zal moeten zijn gericht op de ondernemingen, maar tevens op de juridisch adviseurs van deze ondernemingen die het optioneel instrument zullen kunnen gaan gebruiken. Advocaten dienen de meerwaarde van het stelsel in te zien, aangezien anders de nadruk voornamelijk zal komen te liggen op de nadelen van het stelsel. Het optioneel stelsel heeft onder meer ten doel de rechtsonzekerheid voor het bedrijfsleven te verminderen, maar zal op korte termijn juist leiden tot meer rechtsonzekerheid, bijvoorbeeld vanwege het feit dat het Hof van Justitie de begrippen nader zal moeten uitleggen. Men kan zich afvragen of bedrijven bereid zijn deze rechtszekerheid in te leveren voor de totstandkoming van Europees contractenrecht.

Meijer stelde dat in het preadvies onderscheid wordt gemaakt tussen uniformering en harmonisering. Het voordeel van uniformering is dat daadwerkelijk eenheid tot stand komt. Uniformering is echter nadelig, indien deze ontwikkeling tot gevolg heeft dat men op nationaal niveau afstand moet doen van een bepaald beschermingsniveau. Harmonisering heeft als voordeel dat ruimte wordt opengelaten voor fine tuning en de mogelijkheid om Europeesrechtelijke regels zo goed mogelijk in te passen in het nationale recht. Nadeel is echter dat slechts beperkte uniformering optreedt en bovendien bestaat de mogelijkheid dat de Europeesrechtelijke herkomst van een regel niet herkend wordt. Als de nationale wetgever van mening is dat de nationale wet al voldoet aan de eisen gesteld in een uitgevaardigde richtlijn, zal de bestaande regel gelden als omzetting van de Europese regelgeving en is niet langer sprake van nationaal recht, maar tevens van Europees recht. Deze impliciete europeanisering brengt het risico mee dat de Europeesrechtelijke herkomst van de regel niet in voldoende mate herkend wordt. Meijer vroeg zich vervolgens af of Keirse van mening was dat de Europeesrechtelijke herkomst van regelgeving duidelijker aangegeven zou moeten worden. Volgens Meijer heeft een gebrek aan uniformiteit niet noodzakelijkerwijs nadelige gevolgen voor de interne markt. De interveniënt gaf aan dat Keirse eveneens sceptisch leek met betrekking tot de invoering van een optioneel instrument voor de goede werking van de markt. De argumenten in het preadvies te dien aanzien waren vooral van culturele, politieke of rechtswetenschappelijke aard en daarentegen niet zozeer van economische aard.

Bij een harmonisatiebesluit staat de vraag centraal hoe en waar de regelgeving wordt ingepast in het nationale systeem. Van belang in dit verband noemde Meijer de spontane doorharmonisatie, met de kwestie in hoeverre de Europeesrechtelijke keuzes ook zouden moeten gelden in zuiver nationale situaties. Spontane doorharmonisatie zal eerder plaatsvinden, indien wordt gestreefd naar rechtseenheid en rechtsgelijkheid.

Ten slotte vroeg Meijer zich af wat het standpunt is van Keirse met betrekking tot het streven naar coherentie. Keirse stelt daarnaast in het preadvies dat het optioneel contractenrecht zowel in binnenlandse, als in buitenlandse situaties van toepassing zou

moeten zijn. De vraag van Meijer was vervolgens of er volgens Keirse in bepaalde gevallen reden zou kunnen zijn om zuiver nationale gevallen op andere wijze te behandelen, ook als dit ten koste zou gaan van de rechtseenheid en rechtsgelijkheid.

Keirse beaamde dat europeanisering een slechte reputatie heeft. Voor zover de invloed van Europa al op belangstelling van de civilist kan rekenen, is men geneigd het privaatrecht te zien als puur nationaal recht dat de doorwerking van het Europees recht lijdzaam heeft te ondergaan, terwijl de ingrijpende werking daarvan wordt onderschat. Met haar preadvies wil Keirse dit beeld bijstellen. Zij laat zien dat een louter nationaal gerichte aanpak van de rechtsbeoefenaar tekort schiet; dat geldt voor de wetgever, de rechter en de rechtswetenschapper, maar zeker ook voor de advocaat. Dus ook volgens Keirse is de advocaat belangrijk in het proces. Er ligt op dit gebied nog een goeddeels onontgonnen markt voor de advocatuur. Met betrekking tot het tweede punt, het goed in de markt zetten, antwoordde Keirse dat dit inderdaad noodzakelijk is. Er is nog een lange weg te gaan van het huidige Euroscepticisme naar de vanzelfsprekendheid van Europees gedachtegoed. Wil het optionele instrument een kans van slag hebben, moet veel worden geïnvesteerd in de pr van het instrument. Een onderschatting van het belang van een goede marketing, voorlichting en informatievoorziening zou funest zijn. Keirse was het ook met het derde punt eens, uniformering en harmonisering verschillen in werkwijze en uitvoering. Het komt er op aan dat rechtsbeoefenaren zich de meergelaagdheid van het systeem eigen maken; de rechtenstudent zal daartoe moeten worden opgeleid. Belangrijker dan het plakken van bordjes op Europees recht, ter onderscheiding van nationaal recht, is volgens haar dat het besef neerdaalt hoe belangrijk en dynamisch europeanisering is.

Keirse bepleit dat het optioneel contractenrecht niet beperkt wordt tot grensoverschrijdende overeenkomsten, maar dat er ook ter zake van puur nationale overeenkomsten een keuze komt tussen nationaal en Europees recht. De Europese Commissie vaart vooralsnog evenwel een andere koers; de geluiden zijn dat zij een eventuele invoering van het 28<sup>ste</sup> stelsel zal beperken tot de grensoverschrijdende handel. Volgens Keirse ondergraaft deze voorgenomen invulling de Europese filosofie van het streven naar een vrije markt zonder grenzen. Handelsbelemmeringen dienen immers in internationaal en nationaal verband gelijk te zijn, willen ze toelaatbaar zijn. En aanspraken ontleend aan Europees recht mogen in principe niet anders worden behandeld dan aanspraken naar nationaal recht.

De weg naar beter recht wordt volgens Keirse gevormd door europeanisering. Het streven naar rechtseenheid en rechtszekerheid is een groot goed, maar het moet geen doel zijn het daadwerkelijk te bereiken. Zodra er na chaos een nieuwe orde ontstaat, wordt die meteen bij toepassing verbrokken.

#### *T.H.D. Struycken*

De interventie van prof. mr. T.H.D. Struycken (Universiteit Utrecht en advocaat bij NautaDutilh) betrof het preadvies van Veder. Hij karakteriseerde de beschouwingen van Veder als realistisch en bescheiden. Struycken gaf aan het met Veder eens te zijn dat niet veel kan worden verwacht van uniformerende werking van de DCFR en vergelijkbare Europese initiatieven waarmee wordt beoogd een *ius commune* op te tekenen. Het zekerhedenrecht is naast zijn aard onvereenigbaar met de onzekerheden die inherent zijn aan een niet-statelijk of *communautaire* instrument. Hier komt bij dat Boek IX van de DCFR draait rond de inrichting van een register waarin de verlening van zekerheid wordt aangetekend; zonder een dergelijk officieel register kan van de systematiek van Boek IX niet of nauwelijks invloed uitgaan. Struycken stelde bovendien de scepsis van Veder te delen wat de consensus in Europa betreft met betrekking tot de opzet van Boek IX: ook in Nederland is door bankjuristen al blijk gegeven van forse weerstand tegen enige vorm van wijziging van het

zekerhedenrecht. De bescheidener benadering van Veder die pleit voor uniformering van de regels van IPR met betrekking tot zekerheidsrechten getuigt dan van meer realisme.

Wat de uniformering van het internationaal privaatrecht betreft vroeg Struycken zich af of een oplossing niet door de Haagse conferentie zou moeten worden ontwikkeld in plaats van door Brussel. Een evident voordeel van een Haags verdrag is dat ook landen buiten Europa kunnen toetreden, zodat ook wat het recht van die landen betreft meer zekerheid komt te bestaan ten aanzien van het recht dat in die landen van toepassing zal worden geacht op de vestiging van zekerheidsrechten en het voortbestaan ervan in geval van een conflict mobile.

Vervolgens bracht Struycken de vraag op of Veder ook voor andere goederen dan roerende zaken ruimte ziet voor uniformering van regels van materieel of internationaal privaatrecht. De overwegingen en de afwegingen die Veder in zijn preadvies maakt, lijken evenzeer van belang voor zekerheid op bijvoorbeeld vorderingsrechten. Voor het IPR met betrekking tot cessie en verpanding van vorderingsrechten is immers al sprake van – enige – uniformering, hoe gebrekkig ook, door de regels in de Rome I Verordening. Struycken wees verder op de Richtlijn Financiële Zekerheidsovereenkomsten, die heeft geleid tot uniformering van regels van materieel en internationaal privaatrecht met betrekking tot zekerheidsrechten op effecten, vorderingen uit bankrekeningen en thans ook wat wordt genoemd kredietvorderingen.

Struycken zei overigens wel te verwachten dat van deze Europese regelingen uniformerende werking uit zal gaan. Hij zei niet uit te sluiten dat bijvoorbeeld het toeëigeningsverbod als gevolg van de regels inzake de financiëlezekerheidsovereenkomst met minder scepsis worden gezien.

Vervolgens ging Struycken in op een kernelement van het preadvies van Veder: zijn voorstel om een optioneel Europees Zekerheidsrecht, geschoeid op de leest van Boek IX van de DCFR, in te voeren naast de nationale zekerheidsrechten. Het zou gaan om een aanvullend zekerheidsrecht van Europese snit. Hij vroeg zich af of de ideeën van Veder met betrekking tot het aanvullend zekerheidsrecht als optioneel instrument in Boek IX van de DCFR wel realistisch zijn. Veder beschrijft in zijn preadvies (op p. 187) de opvatting van Kieninger en Sigman dat het (optionele) Europese zekerheidsrecht absolute voorrang boven lokale nationale zekerheidsrechten zou moeten hebben, mits het is ingeschreven in een op te richten Europees zekerhedenregister. Volgens Veder zou het ook minder en eenvoudiger kunnen: voorrang op basis van de prior tempore-regel, waarbij het eerst gevestigde zekerheidsrecht gewoon voorgaat boven het later gevestigde zekerheidsrecht, ongeacht of het een lokaal zekerheidsrecht betreft dan wel het optionele Europese zekerheidsrecht. De nationale regels inzake bescherming van de verkrijger van een pandrecht te goeder trouw zouden afdoende zijn om te voorzien in een oplossing wanneer een Europees pandrecht wordt gevestigd naast een Nederlands pandrecht. Struycken maakte daarbij de kanttekening dat ook dan allerlei vragen bovenkomen, die een helder antwoord behoeven. Hoe werkt de regeling uit in een concreet Nederlands geval? In Nederland is er het vuistloos pandrecht. Daarbij gelden de Nederlandse regels van derdenbescherming en die bieden op dit punt juist geen bescherming: er is pas bescherming van de pandhouder te goeder trouw indien en vanaf het moment van omzetting van het vuistloos pandrecht in een vuistpand. Maakt het dan uit of het eerder gevestigde Europese zekerheidsrecht kenbaar is uit een register? Naar Nederlands recht is het niet evident dat de verkrijger van een pandrecht gehouden is kennis te nemen van de informatie die in een (Europees) register te vinden is. Hier komt bij dat het register dat de voorvechters van Boek IX van de DCFR voor ogen staat – waartoe Struycken zichzelf overigens ook rekent – slechts informatie biedt met betrekking tot de persoon aan wie (niet nader geconcretiseerde) zekerheid is verschaft; vervolgens moet navraag worden



gedaan om vast te stellen wat in zekerheid is gegeven en waarvoor. Zonder nadere toelichting van Veder is onduidelijk hoe het goede trouw vereiste voor derdenbescherming in het Nederlandse recht ingevuld zou moeten worden; ontstaat een verplichting om onderzoek te doen in het Europese register? Nadere uitwerking van dergelijke technisch-juridische vragen is essentieel, want onzekerheid zal ertoe leiden dat het Europese zekerheidsrecht in de dagelijkse praktijk zal worden genegeerd en vermeden. Het lijkt volgens Struycken dan een dode mus, en de vraag rijst of we hier dan wel aan moeten beginnen. Indien niet evident is dat het door Veder geschetste systeem voor de financieringspraktijk duidelijke voordelen oplevert, wordt het volgens Struycken niets. Er zou iets moeten worden geboden waar men in de praktijk werkelijk beter van wordt; alleen dan zal er wat mee gedaan worden.

Ten slotte wijdde Struycken nog enige gedachten aan de vraag of de beschikbaarheid van het optionele Europese zekerheidsrecht beperkt zou moeten blijven tot grensoverschrijdende gevallen. De suggestie van Veder (in par. 5.5) dat dit te overwegen valt om meer politiek draagvlak te hebben, stuit bij Struycken op enige weerstand. Allereerst uitte Struycken twijfel of het mogelijk is een grensoverschrijdend geval voldoende duidelijk af te bakenen van een intern geval, waarin het Europese zekerheidsrecht niet gebruikt zou kunnen worden. Ten tweede vroeg Struycken zich af of Veder beoogt dat alleen in Europese lidstaten gevestigde partijen gebruik kunnen maken van het Europese zekerheidsrecht; zou een Amerikaan mogen kiezen de optionele Europese regeling te kiezen? Ten derde wierp Struycken de vraag op hoe gerechtvaardigd zou kunnen worden dat partijen in een intern Nederlands geval geen gebruik zouden kunnen maken van een Europees Zekerheidsrecht met alle voordelen die inschrijving daarvan in een Europees register kan bieden. Is deze benadering wel verenigbaar met het non-discriminatiebeginsel uit de Europese rechtsorde, dat een fundament begint te vormen van het Europese privaatrecht?

In zijn reactie op de interventie van Struycken wees Veder erop dat een Europese oplossing voor de door hem besproken problemen steeds mede acht zal moeten slaan op de ontwikkelingen buiten de EU. Aandacht zal moeten worden besteed aan datgene wat in het kader van bijvoorbeeld UNCITRAL en de Haagse Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht is of kan worden bereikt. De weg van het internationaal privaatrecht, waarbij uniforme regels worden gegeven op het terrein van het toepasselijk recht op en de erkenning van zekerheidsrechten in internationale verhoudingen lijkt op korte termijn de best haalbare oplossing te bieden. Net als Struycken ziet Veder daarin een rol weggelegd voor de Haagse Conferentie.

Zoals Veder in zijn inleiding al aangaf, is de inbedding van een Europees Zekerheidsrecht in het nationale recht van de lidstaten een belangrijke kwestie die nog nadere studie vergt. Veder is het met Struycken eens dat een Europees Zekerheidsrecht alleen kans van slagen heeft, als het de financieringspraktijk werkelijke voordelen biedt. Veder is op dat punt optimistisch gestemd. Of het Europese zekerheidsrecht uiteindelijk steeds in rang boven de nationale zekerheidsrechten dient te gaan, zoals bepleit door Sigman en Kieninger, is volgens Veder een lastig probleem. Hij ziet meer in toepassing van de regels van derdenbescherming van het nationale recht van de lidstaten. De toepasselijke regels van derdenbescherming zouden moeten worden bepaald op basis van uniforme regels van internationaal privaatrecht waarvan Veder ook de invoering heeft bepleit. Dit geeft duidelijkheid aan de praktijk zonder een al te vergaande inbreuk in het nationale recht van de lidstaten. Met betrekking tot de door Struycken aan de orde gestelde vraag of van een pandhouder naar Nederlands recht mag worden verwacht dat hij kennis neemt van de informatie uit een eventueel Europees zekerhedenregister, merkt Veder op dat de invoering van een Europees Zekerheidsrecht met een bijbehorend Europees register zeker invloed zal hebben. Het ligt in de rede dat de

introdactie van een Europees register op de manier zoals door Veder beschreven in zijn preadvies en die ook door Struycken wordt onderschreven, de introductie van een onderzoeksplicht behelst en bovendien ook gepaard gaat met de invoering van mededelingsplichten. Dit zal invloed hebben op de invulling van het goede trouw vereiste in bijvoorbeeld het Nederlandse recht.

Veder gaf ten slotte aan het met Struycken eens te zijn dat het beperken van de beschikbaarheid van een Europees Zekerheidsrecht tot grensoverschrijdende gevallen niet de voorkeur verdient, al was het alleen maar omdat het niet eenvoudig zal zijn interne gevallen af te bakenen van grensoverschrijdende gevallen.

#### *V. Mak*

Interveniënt mr. dr. V. Mak (Universiteit Tilburg) ging voornamelijk in op het preadvies van Keirse. Mak refereerde aan de link die Keirse legt met de chaostheorie en met het feit dat als op een bepaald punt een wijziging plaatsvindt, dit effect zal hebben op de uitkomsten van het systeem. Mak had dit toegepast op het preadvies van Keirse en een aantal punten geselecteerd, waarbij ze benieuwd was naar de reactie van Keirse. Het optioneel instrument zou volgens Mak een goede optie kunnen zijn om het contractenrecht vorm te geven. De politiek zal een instrument met een hoog niveau van bescherming het meest wenselijk achten, maar aanbieders zullen daarentegen niet snel geneigd zijn om consumenten het hoogste beschermingsniveau te bieden. De keuze met betrekking tot het beschermingsniveau ligt bij de aanbieders, die volgens Mak zullen kiezen voor een optioneel instrument met een laag niveau van bescherming. Mak stelde vervolgens de vraag aan de preadviseur of zij van mening is dat het optioneel instrument een optie zal zijn.

Vervolgens gaf Mak aan dat het tweede punt iets buiten het in het preadvies besprokene valt en namelijk ziet op de verhouding tussen Europees en nationaal privaatrecht. Het heeft betrekking op de gemiddelde consument en het niveau van bescherming dat deze consument verdient. Volgens Mak verschilt de gemiddelde consument per gebied. In beginsel geldt dat wanneer de consument zelf redelijk oplettend en geïnformeerd is, vrij weinig bescherming nodig wordt geacht. Dit beeld van de consument staat echter haaks op de consument zoals we die zien in richtlijnen, waardoor een spanningsveld tussen de twee vormen van gemiddelde consumenten ontstaat. Mak stelde als oplossing voor om transparanter te zijn in de maatstaven die worden aangelegd, om op deze wijze de spanning tussen het Europees en het nationaal recht te kunnen wegnemen. De vraag was vervolgens of Keirse zich hier in kan vinden en wat dit voor betekenis heeft voor de maatstaven die wij aanleggen. Met betrekking tot het derde punt constateerde Mak dat het preadvies wat betreft de rechtspraak met name ingaat op de rol van de nationale rechters en de verhouding met het Hof van Justitie van de EG. Mak vroeg zich, evenals Smits, af of het niet een stap vooruit zou zijn wanneer de rechter tevens gebruik zou maken van rechtsvergelijking, met name op het gebied van Europese regelgeving.

Keirse reageerde op het eerste punt dat, indien consumenten een laag niveau van bescherming zal worden geboden, het optioneel stelsel niet langer haar voorkeur geniet, aangezien een hoog beschermingsniveau voor haar een basisvoorwaarde is voor invoering van het optioneel stelsel. Echter, volgens Keirse zal de verwachting van Mak niet uitkomen en zal het optionele stelsel een hoog niveau van bescherming bieden. Het besluit over de toepassing van het instrument wordt inderdaad aan de markt overgelaten en daarmee feitelijk aan de aanbieders. Maar het is niet de markt die de materiële inhoud van het optioneel instrument bepaalt. Materieel is het optionele stelsel vooral het speelveld van de regelgever, rechter en rechtswetenschapper op Europees en nationaal niveau. Een consumentvriendelijk regime hoeft de Europese ondernemer, anders dan Mak veronderstelt, niet af te schrikken; zij kunnen de prijs daarvan doorberekenen aan de consument en

bovendien biedt de mogelijkheid om in de hele Unie op basis van één regeling zaken te doen andere voordelen.

Met betrekking tot het tweede punt gaf Keirse aan dat transparantie inderdaad geboden is. Men moet er rekenschap van geven door middel van welke rechtsordes, bronnen en maatstaven een rechtsaanspraak wordt geduid. Afhankelijk van de argumenten kan worden bepaald welk begrip van de gemiddelde consument in een bepaald geval leidend is. Op de derde vraag antwoordde Keirse dat rechters inderdaad meer oog moeten hebben voor het recht over de grenzen. Door rechters wordt nog veel te weinig aan rechtsvergelijking gedaan. Zoals Keirse ook in haar preadvies schrijft, is het van groot belang dat nationale en Europese rechters over en weer aanschouwen wat hun collegae doen en zoveel als mogelijk op elkaar afstemmen. Hier is volgens Keirse tevens een rol weggelegd voor de advocatuur.

### **Vragen vanuit de zaal**

*T.F.E. Tjong Tjin Tai*

De eerste vraag uit de zaal kwam van prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Universiteit Tilburg). De vraag die hij stelde is of europeanisering in het nationaal recht wel bestaat. We hebben met bepaalde regels te maken die voor een deel van Europese herkomst zijn, maar dat maakt deze regels niet anders dan de nationaal tot stand gekomen regels, aldus Tjong Tjin Tai. Hij vroeg zich af of europeanisering dit wel kan veranderen. Alle regels hebben een herkomst, ook nationale regels. Voor deze herkomst kijk je juist altijd in losbladige, proefschriften en dergelijke; dit is voor Europese regelgeving dus ook niet anders. Tjong Tjin Tai vroeg zich af waarom het dan zo belangrijk is om uniform geharmoniseerd te zijn. Dit is leuk voor internationale juristen, maar nationale rechters hebben hier geen boodschap aan. Europeanisering is op deze manier eigenlijk een modewoord om te laten zien dat rechtsvergelijking belangrijk is, maar de Europese regels zijn in het nationale recht uiteindelijk niet minder Nederlands.

Keirse antwoordde dat ze waarschijnlijk een andere invulling aan de term europeanisering geeft dan Tjong Tjin Tai. Van europeanisering van recht is niet alleen sprake daar waar recht dat binnen de nationale rechtssfeer geldt van Europese komaf is, maar ook waar het nationale recht in belangrijke mate door Europees recht of door Europese integratie is bepaald.

Tjong Tjin Tai stelde vervolgens de vraag wat europeanisering dan eigenlijk inhoudt. Is het niet gewoon oude wijn in nieuwe zakken; de wenselijkheid naar meer rechtsvergelijking. Het is leuk wanneer rechtssystemen naar elkaar toe groeien en we dit europeanisering noemen, dus blijft het daarmee een modieus begrip?

Keirse reageerde hierop met de opmerking dat europeanisering een concept is met verschillende facetten. Het is niet in één betekenis te vangen. Europeanisering vindt plaats door regelgeving, door rechtspraak, door het vervaardigen van soft law en door het politieke en rechtswetenschappelijke debat over de toekomst van het Europees recht. Europeanisering behelst onder meer uniformering, harmonisering en convergentie. Maar europeanisering, in de zin van beïnvloeding uit Europa, betekent niet steeds dat de nationale rechtssystemen naar elkaar toegroeien. De impact van Europa is gedifferentieerd en convergentie laat zich afwisselen met divergentie. In haar preadvies brengt Keirse in beeld dat europeanisering soms ook tot nationalisering leidt. Dit alles is niet nieuw, maar deze elkaar versterkende, soms tegengestelde bewegingen van europeanisering zijn nog wel steeds en in toenemende mate gaande.

### *I. Giesen*

De vraag die prof. mr. I. Giesen (Universiteit Utrecht) stelde was zowel aan Keirse als Veder gericht. Hij stelde dat zowel Keirse als Veder in is gegaan op gedachte van het optioneel instrument. Een vraag die begin november 2010 tijdens een symposium in Amsterdam aan bod is gekomen is hoe we zo'n optioneel instrument nu kunnen inbedden. Alleen het optionele instrument zelf lijkt niet voldoende. Er is meer nodig om dit recht tot zijn gelding te laten komen, het vereist een breder kader; een optioneel instrument kunnen we niet inbedden in een vacuüm. Hoe kan dit gedaan worden?

Veder gaf aan dat het door hem voorgestane Europees Zekerheidsrecht juist zal moeten functioneren in de uiteenlopende systemen zoals die nu bestaan in de lidstaten. Het dient geen los zwevend geheel te zijn waar je voor kiest en wat zich in een vacuüm beweegt. Het zou juist een instrument moeten zijn dat een plaats heeft in het nationale recht van de lidstaten. Er zal altijd concreet gekeken moeten worden hoe dit voor elke lidstaat afzonderlijk kan en wat er gemeenschappelijk mee gegeven kan worden, zodat het optionele instrument wel nuttig is. Veder beaamde dat dit geen eenvoudige opgave is.

Keirse gaf aan dat op het terrein van het contractenrecht gestreefd wordt naar een op zichzelf staand geheel van regels dat partijen kunnen kiezen in de plaats van het anders toepasselijke nationale recht. Het doel – en tevens de kracht – van het optionele instrument van Europees contractenrecht is dat partijen binnen de gehele Unie kunnen opteren voor dezelfde contractvoorwaarden die geen aanpassing aan nationaal recht vergen. Maar daartoe moet nog heel wat werk worden verzet. Het gaat daarbij immers eigenlijk om meer dan een keuze voor bepaalde contractvoorwaarden; het gaat om een keuze voor toepasselijk recht, om een keuze voor een 28<sup>ste</sup> stelsel als een alternatief voor de nationale jurisdicties. Er komt veel kijken bij de totstandkoming van een dergelijk optioneel instrument en rekening moet ook worden gehouden met het internationaal privaatrecht. Zo zal de verhouding tussen het optionele instrument en de Rome I Verordening alsook het Weens Koopverdrag nader moeten worden bepaald. Een lastige opgave, maar niet ondoenlijk.

